

INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO

CLÁUDIO BRANDÃO*

1. OBJETO DO ESTUDO

A lei é um ato de vontade do legislador e como tal não possui eficácia universal e permanente, mas uma eficácia circunscrita à vontade que a anima¹. Deste modo, a “vida” lei penal é limitada no tempo: seu nascimento se dá com a promulgação e publicação e sua morte se dá com a revogação, por uma lei posterior que expressamente cesse a validade temporal da primeira ou por uma lei posterior que tacitamente a faça. Chama-se ab-rogação a revogação completa da lei e chama-se derrogação a revogação que se circunscreve à parte da lei².

Por que a lei penal é limitada no tempo é possível haver a edição de leis penais novas, que são susceptíveis de regular o mesmo fato de forma diversa, quer de forma mais rigorosa, quer mais branda. Consoante a lição de Antolisei, quando uma norma se extingue e é substituída por outra há a presença da denominada sucessão de leis penais³.

* Professor do Programa de Pós-graduação da UFPE.

1 Jiménez de Asúa, Luis. *La ley y el delito*. Caracas: Andrés Bello. 1945. P.178.

2 Hungria, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. V.I T.I. Rio de Janeiro:Forense. 1958. P. 105.

3 Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Milano:Guiffre. 1997. P102. No mesmo sentido, embora especificando mais o tema, Taipa de Carvalho, *verbis*: “O problema do conflito temporal de leis penais pressupõe, obviamente, uma sucessão de leis penais, isto é, uma alteração legislativo-penal”. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra:Coimbra editora. 1997. P 109.

Se uma lei posterior reger de forma mais rigorosa o delito, ela não será aplicada para regular os fatos anteriores à sua vigência. Como sabido, toda incriminação de conduta sob a ameaça de uma pena depende de uma previsão legal, que seja prévia ao fato, o que se dá por força do Princípio da Legalidade, que tem sede constitucional (art. 5º, XXXIX da CF)⁴. Por conseguinte, antes de uma incriminação legal, o fato deve ser considerado penalmente lícito⁵ e o que é lícito não pode ser apenado. Assim como é proibido à lei nova incriminar uma conduta que até então não era proibida pelo Direito Penal, também não é permitida a retroatividade para aumentar a pena de algum delito já existente no ordenamento⁶, nem para prejudicar de qualquer forma o réu. Como diz Jescheck:

A irretroatividade das leis penais significa que uma ação que era impune no momento de sua realização, não pode ser considerada depois como punível e que, da mesma forma, está proibida uma agravação da pena já existente, que se opere pelo mesmo modo.⁷

Todavia, a lei penal que de algum modo beneficia o agente tem eficácia retroativa. A exposição de motivos da Parte Geral do Código Penal é elucidativa sobre o assunto ao dispor que: “Na aplicação da lei penal no tempo, o Projeto permanece fiel ao critério da lei mais benigna. (...) Resguarda-se, assim, a aplicação da *Lex mitior* de qualquer caráter restritivo, no tocante ao crime e a pena”.

Com relação à sucessão de várias leis penais, a tradição jurídica brasileira, desde a década de quarenta do século XX, aponta que prevalece a lei mais benigna, “pois

4 Palazzo consigna a irretroatividade da lei penal é o núcleo mais estável nas enunciações constitucionais do Princípio da Legalidade. In verbis: “non c’è dubbio che l’irretroatività costituisce della legalità il nucleo storicamente più risalente e stabile, come è dimostrate dal fatto che ancora oggi l’enunciazione costituzionale dalla legalità penale sono tutti immancabilmente incentrate proprio sul divieto di applicazione si pone della legge penale incriminatrice.” Palazzo, Francesco. *Introduzione ai Principi di Diritto Penale*. Torino: Giappichelli. 1999. P. 286.

5 Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Milano: Guiffre. 1997. P102. P104.

6 Com muita lucidez, desde o séc. XIX. Tobias Barreto aponta que essa proibição também decorre do Princípio da Legalidade: “Que as penas mais graves da lei nova não devam ser impostas por crimes cometidos no vigor da lei antiga, que aliás cominava punição menor, é ainda uma verdade contida no princípio *nulla poena sine lege poenali*” Barreto, Tobias. “Comentário Teórico e Crítico ao Código Penal Brasileiro”. *Estudos de Direito II*. Rio de Janeiro: Record. 1991. P.171.

7 Tradução livre de: “Das Verbot der Rückwirkung von Strafgesetzen bedeutet, daß eine Handlung, die im Zeitpunkt ihrer Begehung straffrei war, nicht nachträglich für strafbar erklärt werden darf und daß auch eine nachträglich Strafchärfung ausgeschlossein ist”. Jescheck, Hans-Heinrich. *Lerhbuch des Strafrechts*. Berlin: Duncker u. Humblot. 1988. P.123.

é evidente que, aplicando-se ao fato lei posterior somente quando favorece ao agente, em caso algum poderá se cogitar na aplicação de lei sucessiva mais rigorosa.”⁸

Quando se trata, portanto, da lei penal no tempo, em verdade se regula a aplicação da lei mais favorável ao agente. Os institutos que são estudados na análise temporal da lei penal são os seguintes: *Abolitio Criminis*, *Lex Mitior*, *Lex Tertia*, Ultra-atividade da Lei Penal e Tempo do Crime.

2. ABOLIÇÃO DO CRIME (*ABOLITIO CRIMINIS*)

O Código Penal brasileiro regula a lei penal no tempo a partir da hipótese da abolição do crime (*abolitio criminis*). Estabelece o artigo segundo do Código Penal que:

Art. 2º. Ninguém pode ser punido por fato que a lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Por óbvio, as leis não são imutáveis. Ao contrário, por ser o Direito uma ciência cultural, e por ser da essência da cultura a mudança de valores de acordo com a vivência na sociedade, todas as normas jurídicas são susceptíveis de mudanças. É em face desta dita mudança que integra a Teoria Geral do Direito o assunto referente à revogação das normas jurídicas. É certo que o Direito Penal não escapa à Teoria Geral do Direito, já que suas normas também podem ser revogadas e o instituto da dogmática penal que trata da revogação por ab-rogação da norma penal é chamado de *abolitio criminis*. Cuida este instituto da revogação de uma incriminação penal por uma lei posterior que não mais considere o fato como criminoso, o que traz como consequência a cessação de todos os efeitos penais decorrentes do fato revogado, extinguindo-se a punibilidade. Neste exato sentido, expressa-se Pallazo:

Portanto, quando sobrevém a ab-rogação de uma norma incriminadora precedente sob a vigência da qual foi cometido o fato, o seu autor não poderá mais ser condenado e, se intervesse a condenação, aqui se conclui a execução e todos os efeitos penais.⁹

8 Exposição de motivos do Código Penal de 1940. Decreto-lei 2.848/40. Item 7.

9 Tradução livre de: “pertanto, qualora soppravenga l’abrogazione di una precedente norma incriminatrice sotto la cui vigenza è stato commesso il fatto, il suo autore non potrà più essere condannato e, se fosse già intervenuta la condanna, ne cessano l’esecuzione e tutti gli effetti penali.” Palazzo, Francesco. *Introduzione ai Principi di Diritto Penale*. Torino:Giappichelli. 1999. P.295.

O Direito Penal brasileiro tem alguns exemplos recentes da *abolitio criminis*. A parte especial do Código Penal em vigor, que data de 1940, trazia na sua redação original os crimes de Adulterio (art. 240: Cometer adultério: Pena – detenção, de quinze dias a seis meses) e de Sedução (art. 217: Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena – reclusão de dois a quatro anos).

Ora, como foi dito, o Direito é uma ciência cultural, e a cultura é dinâmica. Se na década de quarenta do século passado a sexualidade era culturalmente contida e reprimida, nos dias atuais esse panorama sofreu uma drástica modificação e o Direito Penal acompanhou dita modificação.

O Código Penal em sua redação original incriminava o adultério, que era o sexo com um parceiro diverso do cônjuge, considerando que entre os deveres do casamento está o de fidelidade recíproca, no sentido de não manter relações sexuais fora da união nupcial. Todavia, em 28 de março de 2005, a Lei nº 11.106 revogou o delito de adultério, concretizando a *abolitio criminis*. Com isso, a partir da revogação do adultério, cessaram-se todos os efeitos penais daqueles que estavam condenados por aquele crime. Isto significa que se alguém estava cumprindo uma pena, ela imediatamente se extingue; se alguém era réu em processo criminal de adultério, não há mais justa causa para o processo; se alguém era considerado reincidente por ter cometido crime de adultério, não mais o é. Com a *abolitio criminis* cessam todos os efeitos penais da condenação além de extinguir-se a punibilidade (art. 107 do Código Penal), não subsistindo nenhum efeito penal decorrente daquele fato.

O outro exemplo trazido à baila é o do delito de Sedução. Este delito tinha como sujeito passivo a mulher virgem, maior de quatorze e menor de dezoito anos. É indubitável a mudança no papel da mulher na sociedade, quando o Código Penal entrou em vigor na década de quarenta, as mulheres tinham conquistado há pouco tempo o direito ao voto, mas as casadas eram consideradas relativamente incapazes perante o Direito. Ressalte-se que somente com o Estatuto da Mulher Casada, uma lei da década de 60 do século XX, a referida mulher casada passou a ser, perante o Direito, um sujeito plenamente capaz. É neste panorama que foi incriminada a Sedução, onde a mulher virgem consentia com a relação sexual em face de sua inexperiência (em assuntos de ordem sexual) ou em face de depositar confiança no homem. Neste segundo caso, a doutrina traz como exemplo o aceite da relação sexual por conta da promessa de casamento. Todavia, é certo que o papel da mulher mudou com a evolução da cultura, pois a autonomia sexual feminina dos dias atuais não se coadunava mais com aquela incriminação. Por isso, em 28 de março de 2005, pela Lei nº 11.106, houve a revogação expressa do art. 217 do Código Penal, que tipificava a sedução;

houve, portanto, a *abolitio criminis*, o que trouxe como consequência a cessação de todos os efeitos penais condenatórios referentes aquele delito.

3. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENIGNA (*LEX MITIOR*)

Caso fosse possível ao Estado incriminar fatos anteriores à vigência da lei penal, o Princípio da Legalidade ficaria esvaziado na sua função de garantia. Com efeito, seria fácil aos detentores do político utilizar-se de forma arbitrária do Direito Penal para alcançar fatos passados desagradáveis a eles, se não houvesse a proibição da retroatividade da lei penal. É por isso que a formulação constitucional do Princípio da Legalidade exige que a lei penal seja prévia ao fato, não podendo retroagir para prejudicar o réu. Assim, parafraseando Jescheck, a proibição de retroatividade é uma norma protetora do réu¹⁰.

Todavia, a proibição da retroatividade não é absoluta. Com efeito, se não é possível que a lei penal retroaja para prejudicar o réu, é perfeitamente possível a retroatividade da lei penal quando houver algum benefício para o réu. O fundamento desta retroatividade foi magistralmente exposto por Maurach:

A rigorosa aplicação da proibição de retroatividade encontra suas fronteiras no lugar de onde, ao invés de se cumprir o fim perseguido pela retroatividade – proteção do autor frente às penas ‘sobrevindas’ – se produziria um prejuízo para o sujeito. Toda modificação é signo de uma mudança valorativa; pela supressão ou atenuação da ameaça penal, manifesta o legislador uma mudança na sua concepção primitiva em favor de uma mais suave. Se se quisesse manter aqui a proibição de retroatividade, deveria ser castigado o autor sobre a base de uma concepção jurídica não professada mais pelo próprio legislador. Com o objeto de evitar esta violação da justiça material, prevê-se a obrigatória retroatividade da lei penal mais benigna¹¹

Assim, a lei penal que beneficie o agente, chamada de *lex mitior*, retroage para alcançar os fatos anteriores à sua vigência. Esta retroatividade está prevista expressamente no art 2º, parágrafo único do Código Penal, *in verbis*:

10 Jescheck, Hans Heirich. Jescheck, Hans-Heinrich. *Lerhbuch des Strafrechts*. Berlin: Duncker u. Humblot. 1988. P. 125.

11 Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. T.I Barcelona: Ariel. 1962. P. 143.

A lei posterior que de qualquer modo favorece o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

Como visto, o Código Penal se utiliza da expressão “lei que de qualquer modo favorece o agente”. Em várias situações a lei nova poderá ser mais benéfica ao agente, como, exemplificativamente: (a) quando diminui a pena do crime; (b) quando torna a execução do crime menos rigorosa; (c) quando cria institutos não existentes na lei antiga que reduzem a limitação à liberdade; (d) quando torna menos gravosa ao patrimônio a pena de multa ou se facilita seu pagamento; (e) quando é aumentado o rol das causas de exclusão da antijuridicidade ou de exclusão da culpabilidade; (f) quando se acrescenta ao tipo uma causa de diminuição de pena; (g) quando se aumenta o rol das circunstâncias atenuantes; (h) quando se altera os critérios de fixação da pena base, tornando-a menos gravosa ao agente.

Ocorre que, se por vezes pode ser evidente o benefício da lei nova (como no caso de uma redução na pena), pode também não estar claro se a retroatividade da lei, de fato, beneficia o agente. Isto porque, “mais benigna é a lei mais favorável ao autor no caso concreto”¹². É, pois, indispensável a análise do benefício em face da singularidade de cada caso concreto.

O ordenamento espanhol, reconhecendo explicitamente este problema, fez constar naquele Código Penal que em caso de dúvida na determinação da lei mais favorável, se a lei nova ou a lei mais antiga, o réu será ouvido, antes de o juiz decidir¹³.

Em que pese não haver norma explícita no ordenamento penal brasileiro, no caso da dúvida na determinação da lei mais favorável, não há nenhuma proibição para a oitiva do réu. Se o julgador entender necessário, para dirimir a dúvida, tem a faculdade de determinar a oitiva, o que é de todo recomendável, sobretudo em face do próprio sentido da norma penal brasileira, que se utiliza da expressão “beneficie o agente”. Assim, é necessário um benefício pessoal concedido pela lei nova ao réu e, sendo o condenado um sujeito considerado juridicamente como capaz, já que ele conserva todos os direitos não atingidos pela condenação, nada mais natural que ouvi-lo. Assim, a opinião do réu sobre a lei nova duvidosamente mais favorável pode ser colhida pelo julgador, embora o órgão julgador não esteja vinculado a ela.

12 Maurach. Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. T.I Barcelona: Ariel. 1962. P. 143.

13 Art. 2º, nº 2. da Lei Orgânica 10/95.

Após estas considerações, cabe considerar uma hipótese: qual o Direito aplicável, se a lei nova surge quando o processo está em grau de apelação? Parafraseando Tobias Barreto, ainda aí ela deve prevalecer, em face das condições de maior favorabilidade¹⁴.

Como foi visto, uma vez determinado que uma lei nova é mais favorável ao agente ela retroage para beneficia-lo. Todavia, uma questão ainda se põe: quando é possível aplicar a lei posterior mais benigna?

A primeira vista, a resposta seria a partir da entrada em vigor da lei nova, porque a Teoria Geral do Direito estabelece que a entrada eficácia da norma se dá com a vigência. Como sabido, após a publicação da lei, se a própria norma não dispuser de um prazo diverso, ela vigorará a partir de trinta dias, em caso dela dispor de prazo diverso, vigorará no prazo que estiver estabelecido nela própria. Todavia, porque o Direito Penal está sempre ligado, em sua essência, ao uso estatal da violência – o que se concretiza com a pena – por vezes ele tem um lógica diferenciada dos demais ramos do Direito. Passemos ao exame da questão com o seguinte exemplo:

Caio é condenado definitivamente por crime de Deserção (crime militar próprio), estando o Brasil em guerra com uma potência estrangeira, à pena de morte por pelotão de fuzilamento. Fica determinado que a pena será executada um mês depois da condenação. Todavia, dez dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória, surge uma nova lei que retira a pena de morte do rol das penalidades para a Deserção, só que dita lei tem uma *vacatio legis* de seis meses, isto é, somente entrará em vigor seis meses após a sua publicação. Assim, quando a lei que retira a pena de morte do crime militar de Deserção, em tempo de guerra, entrar em vigor, a pena de morte já terá sido executada.

Como se vê, a pena – sanção exclusiva do Direito Penal – é a mais grave forma do Estado intervir na esfera de seu súdito, porque as penas retiram do agente seus direitos fundamentais (vida, liberdade, patrimônio). Deste modo, a interpretação da lei penal no tempo deve considerar uma variável importante: é que o Estado não tem o poder de fazer retroagir a flecha do tempo para restituir a vida retirada ou a liberdade que deixou de ser gozada. Pois bem, por conta da gravidade da sanção denominada de pena, o Direito Penal é regulado pelo Princípio Constitucional da Legalidade (Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), princípio este elencado no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 5º, XXXIX da CF). Por que a lei penal é uma Garantia Fundamental ela tem aplicabilidade imediata, conforme dispõe expressamente o texto constitucional. *In verbis*:

14 Barreto, Tobias. “Comentário Teórico e Crítico ao Código Penal Brasileiro”. *Estudos de Direito II*. Rio de Janeiro:Record. 1991. P.173.

Art. 5º, §1. As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Assim, para efeito da aplicação da lei penal no tempo, retroage-se a lei mais benéfica a partir da sua publicação, não sendo necessário esperar sua entrada em vigor, já que a lei na esfera penal é um Garantia Fundamental, com aplicação imediata, por força de dispositivo constitucional.

Uma outra questão interessante refere-se à retroatividade favorável de uma interpretação jurisprudencial consolidada. Visualizemos esta questão com um exemplo: em face de uma antiga decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o uso de arma de brinquedo idônea para enganar, no delito de roubo, justifica a aplicação da forma qualificada daquele crime¹⁵. Tal entendimento, embora deveras criticável, ganhou um significativo eco na jurisprudência pátria. Imagine-se para efeito de argumentação, entretanto, que o próprio STF, conhecendo um recurso extraordinário de sua competência, declare supervenientemente que tal interpretação é inconstitucional. Imagine-se, ainda, que esta nova decisão do STF acarretou a modificação posterior da interpretação jurisprudencial dos demais tribunais sobre a forma qualificada do tipo de roubo, que não mais se imputaria ao crime cometido com o uso de arma de brinquedo. Pergunta-se: seria possível a retroatividade do entendimento jurisprudencial consolidado para beneficiar o réu?

Enfrentando este problema, Zafarroni, afirma que quando a jurisprudência com valor indicativo geral muda de critério, temos que considerar três hipóteses:

- 1ª) dita jurisprudência pode passar a considerar atípica uma ação que até então era julgada adequada a um tipo penal;
- 2ª) dita jurisprudência pode passar a considerar como incurso na forma simples do tipo a ação que era anteriormente considerada como adequada à forma qualificada; ou,
- 3ª) dita jurisprudência pode considerar justificado por uma causa se exclusão de antijuridicidade o que era considerado anteriormente como ilícito.

Em todos os três casos, não reconhecer a eficácia retroativa da jurisprudência, “provoca um escândalo jurídico, pois duas pessoas que realizam idênticas ações, reguladas pela mesma lei, resultam julgadas de modo que uma seja condenada e

15 Este entendimento, que se iniciou cronologicamente no Supremo Tribunal Federal, foi também seguido e sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça.

outra absolvida, só porque a primeira foi julgada antes”¹⁶. Com efeito, é a interpretação jurisprudencial consolidada que determina os contornos da ação criminosa. Se essa interpretação consolidada muda, embora não exista alteração na definição legal, muda-se o próprio significado conceitual do crime. Por que é a jurisprudência que determina a aplicação concreta da lei, a mudança da interpretação consolidada acima referida, determina a retroatividade da lei penal, considerada em seu elemento mais palpável: sua aplicação.

4. COMBINAÇÃO DE LEIS (*LEX TERTIA*)

Uma questão central no estudo da lei penal no tempo é a da combinação de leis. Tratemos deste assunto com um exemplo: imaginemos que, quando um determinado crime foi cometido, a pena estabelecida era de reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. Posteriormente ao cometimento do delito, uma lei nova alterou a pena do mesmo crime para reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos. Como se vê, a lei posterior tem um elemento mais favorável: a pena mínima; e a lei anterior tem um elemento mais favorável que a posterior: a pena máxima. Como, no caso, se determina a lei mais favorável?

Vê-se que nenhuma das duas leis, por si sós, podem ser apontadas como a mais favorável, o mais favorável ao agente, no caso, seria a combinação das leis (da pena mínima da lei posterior – um ano de reclusão – com a pena máxima da lei anterior – quatro anos de reclusão). Segundo Bagio Petrocelli, a combinação de leis, neste caso, é necessária por força da equidade, para regular algumas situações transitórias, que se verificam em face da sucessão de leis penais.¹⁷

Na dogmática penal brasileira, não houve uma unanimidade na admissão da combinação de leis. Néelson Hungria, por exemplo, afirma não ser possível a combinação de leis porque transformaria o juiz em legislador¹⁸.

Todavia, essa opinião não pode se sustentar. Na combinação de leis o juiz está operando com leis do ordenamento jurídico, não está ele criando *ex nihilo*, isto é, do nada, uma nova norma. Ressalte-se, ainda, que a sentença é uma norma do caso concre-

16 Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires:Ediar. 2000. P.126.

17 Petrocelli, Biagio. *Principi di Diritto Penale*. V.I. Nápoles:Eugenio Jovene. 1950. P.150-151.

18 Diz Hungria: “Cumprir advertir que não podem ser entrosados os dispositivos mais favoráveis da *lex nova* com os da lei antiga, pois, de outro modo, estaria o juiz arvorado em legislador, formando uma terceira lei, dissonante, no seu hibridismo, de qualquer das leis em jogo.” Hungria, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. V.I. T.I. Rio de Janeiro:Forense1958. P. 110.

to, criada pelo juiz. Assim, na sentença judicial, que se repita, é uma norma criada pelo juiz, é perfeitamente possível ao julgador se movimentar dentro dos quadros legais do ordenamento jurídico. Lúcida, sobre o assunto, é a lição de José Frederico Marques:

Dizer que o juiz está fazendo lei nova, ultrapassando assim suas funções constitucionais é argumento sem consistência, pois o julgador, em obediência a princípios de equidade consagrados pela própria Constituição, está apenas movimentando-se dentro dos quadros legais para uma tarefa de integração perfeitamente legítima. O órgão do judiciário não está tirando *ex nihilo*, a regulamentação eclética que deve imperar *hic et nunc*. A norma do caso concreto é construída em função de um princípio constitucional e com o próprio material fornecido pelo legislador¹⁹.

A lição de Frederico Marques permanece atual, sobretudo em face do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, assegurado pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, não podemos esquecer que a sanção penal atinge Direitos Fundamentais, constitucionalmente assegurados. Destarte, se a combinação de leis promove uma redução à lesão destes Direitos Fundamentais atingidos pela pena, não é só por equidade que se deve aplicar a combinação de leis, mas, sobretudo, porque o respeito à Dignidade da Pessoa Humana impõe a menor lesão possível dos Direitos Fundamentais.

Para se concluir a argumentação sobre a combinação de leis, traga-se à colação a irreprochável lição de Taipa de Carvalho:

Sobre a alegada *ilegitimidade* da aplicação das disposições favoráveis de cada uma das leis, não se vê onde esteja a ilegitimidade; deve-se mesmo dizer-se que tal é imposto pela *ratio* jurídico-política da proibição da retroatividade desfavorável e pela *ratio* político-criminal da imposição da retroatividade favorável.²⁰

5. ULTRA-ATIVIDADE DA LEI PENAL (LEI PENAL EXCEPCIONAL OU TEMPORÁRIA)

O Código Penal prevê uma exceção à regra da *abolitio criminis*: é o caso da lei penal excepcional ou temporária²¹. Como sabido, se uma conduta deixa de ser considerada como criminosa, cessam todos os efeitos penais condenatórios. Mas se uma

19 Marques, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. V.I. São Paulo:Saraiva. 1964. P.210.

20 Taipa de Carvalho, Américo. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra:Coimbra editora. 1997. P. 197.

21 No sentido de ser a lei excepcional ou temporária uma exceção aos princípios gerais, veja-se Nuvoione, Pietro. *Il Sistema del Diritto Penale*. Padova:CEDAM. 1975. P.40.

lei penal com prazo de vigência determinado deixa de vigorar pelo término do prazo os das circunstâncias que a ensejaram, todos os fatos que se deram sob a sua vigência são regulados por ela, a isso a dogmática chama de ultra-atividade penal.

Quando uma lei passa a existir no ordenamento jurídico, sabe-se o início de sua vigência, conforme foi dito: trinta dias após a sua publicação ou, caso ela disponha de modo diverso, o prazo que for estabelecido na própria norma. Mas se é verdade é sempre sabido o termo inicial da lei, a regra é que ela não disponha de prazo de término de vigência.

Contudo, parafraseando Welzel, algumas leis são criadas para regular uma situação transitória²², tendo prazo de vigência determinado. Existem duas possibilidades da lei penal ser editada com prazo determinado, a primeira é a lei excepcional. Neste caso a lei fixa na sua definição circunstâncias concretas que, enquanto existirem, possibilitarão a sua vigência. Podemos visualizar a presente hipótese com um exemplo: Imagine-se que o Brasil esteja sofrendo uma ameaça terrorista determinada em face da visita de um chefe de Estado estrangeiro. Entretanto, suponha-se também que, em face da dita ameaça terrorista, entre em vigor uma lei que incrimine a conduta de manter em depósito, sem a autorização estatal, compostos químicos que possam provocar explosão, enquanto durar a ameaça. Ora, essa lei penal hipotética tem um termo final previsto na própria norma, pois com o fim do dito estado de ameaça que é uma circunstância concreta e excepcional, ela deixa de vigorar; assim, essa norma é classificada como excepcional. Segundo Jiménez de Asúa a derrogação da lei excepcional se dá “por haver desaparecido o objeto, circunstância ou privilégio que deram nascimento a ela”²³.

A segunda hipótese é lei temporária, que é aquela que leva “no próprio texto ou em outra lei, de igual ou superior hierarquia, a data de caducidade”²⁴, declarando-se explicitamente o tempo em que deixará de vigorar perante o ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, de uma norma penal que é publicada e, nas suas disposições finais existe o seguinte comando: esta norma vigorará por seis meses.

Manzini esclarece que não se enquadram no conceito de leis excepcionais ou temporárias aquelas normas que, embora se refiram às situações transitórias, são permanentes, como é o caso dos crimes cometidos em tempo de guerra.²⁵ Com efeito, o tempo de guerra é um tempo excepcional, já que dentre os fins do Estado está a convivência pacífica com as outras potências, mas os crimes previstos para o tempo

22 Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago:Editoria Jurídica del Chile. 1976. P.44.

23 Jiménez de Asúa, Luiz. *La Ley y el Delito*. Caracas:Andrés Bello. 1945. 179.

24 Jiménez de Asúa, Luiz. *La Ley y el Delito*. Caracas:Andrés Bello. 1945. 179.

25 Manzini, Vincenzo. *Trattato di Diritto Penale Italiano*. V.I. Torino:Unione Tipografico. 1950. P.337.

de guerra não são leis excepcionais, já que eles são consubstanciados em uma norma permanente (no Brasil, o Código Penal Militar, Decreto-Lei nº1.001/69). Assim, somente as normas não permanentes, isto é, com vigência limitada por prazo determinado ou pela presença de circunstâncias excepcionais podem ser consideradas para efeito da ultra-atividade penal.

No caso das leis penais excepcionais ou temporárias, ainda que cessadas as circunstâncias que determinaram a edição da norma ou ainda que cessado o prazo, os fatos ocorridos no período de sua vigência são sempre regulados segundo seus comandos. Tal norma é constante no artigo terceiro do Código Penal, *in verbis*:

Art. 3º. A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante a sua vigência.

6. QUESTÕES PONTUAIS DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL NO TEMPO

6.1. MEDIDAS DE SEGURANÇA

O Direito Penal tem duas conseqüências previstas para a violação de suas normas: a pena e a medida de segurança. Enquanto a pena é aplicada como a conseqüência jurídica do crime, a medida de segurança é aplicada para os sujeitos que não podem ser objeto de uma censura pessoal, em face de serem portadores de anomalias mentais e, por conta desta anomalia, não conseguir compreender o caráter ilícito do fato ou determinar-se conforme esse entendimento. Por exemplo, se um sujeito doente mental mata alguém por obedecer a “ordens sobrenaturais” – caso característico de esquizofrenia paranóide – não pode ele sofrer uma pena, mas será submetido à medida de segurança.

Surge, aqui, uma importante questão: às normas referentes à lei penal no tempo aplicam-se às medidas de segurança? A resposta é positiva: as normas referentes à lei penal no tempo também se aplicam à medida de segurança.

Polaino Navarrete, discorrendo sobre a medida de segurança, faz uma advertência segundo a qual as citadas medidas de segurança não são estabelecidas arbitrariamente, não se acham isentas de fundamentação jurídica e possuem a natureza penal, por isso se lhe aplicam os postulados da lei penal no tempo²⁶. Destarte, proíbe-se a re-

26 Polaino Navarrete, Miguel. *Derecho Penal. Parte General*. T.I. Barcelona: Bosch. 1983. P. 494.

troatividade da lei torne de qualquer modo mais gravosa esta medida e aplica-se-lhe as leis posteriores que de qualquer modo representem benefícios aos que a cumprem.²⁷

Com efeito. Para haver a aplicação de uma medida de segurança é necessário que o sujeito, portador de uma anomalia mental que anula sua capacidade de consciência ou de auto-determinação, tenha violado uma lei penal. Se um doente mental não praticar nenhum fato incriminado em uma lei penal sob a ameaça de uma pena, não há a possibilidade de se lhe imputar uma medida de segurança. Assim é condição para a aplicação da medida de segurança a violação da lei penal, sendo a aplicação da referida medida de segurança o produto da interpretação sistemática da lei penal incriminadora e das normas gerais sobre a culpabilidade, presentes na Parte Geral do Código Penal. Ora, como a lei penal, que é condição prévia para a aplicação da medida de segurança, é regulada segundo as normas referentes à lei penal no tempo, não há como a dita medida de segurança também não sê-lo.

Chama-se norma penal em branco a lei penal que, para ter a individualização da conduta proibida, precisa ser completada por outra norma. Na norma penal em branco a lei penal descreve o núcleo da conduta proibida, já que a dita lei sempre traz na sua descrição abstrata o verbo, o qual indica o comportamento que é vetado pelo Direito Penal sob a ameaça de uma pena. Todavia, o complemento do verbo, sempre necessário para a individualização da conduta incriminada, é feito por outra norma jurídica.

Um exemplo esclarecerá a questão: a Lei nº 6.368/76, que trata do tráfico e do consumo de substâncias entorpecentes dispõe do seguinte crime:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Como visto, a presente lei traz na sua descrição o núcleo da proibição, que é expresso pelos verbos que indicam os comportamentos proibidos (adquirir, guardar, trazer), mas somente se pode individualizar a conduta proibida se houver a determinação do complemento do verbo. É complemento do verbo, nesta lei, o conceito de substância entorpecente, sem ele não se alcançará a taxatividade penal, isto é, a conduta proibida não poderá ser individualizada. Pois bem, quais são as substâncias en-

27 Neste sentido: Taipa de Carvalho, Américo. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra:Coimbra editora. 1997. Pp.208-209.

torpentes? A lei não as define, mas estabelece no seu art. 36 que elas serão definidas em lei ou relacionadas pelo Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde. Como visto, a Lei 6.368/76 remete seu complemento a uma outra norma, logo ela é uma norma penal em branco.

Com relação à lei penal no tempo, a norma penal em branco está submetida às mesmas regras gerais explicadas anteriormente, inclusive com relação ao seu complemento²⁸. Por exemplo, se a portaria do Ministério da Saúde que relaciona as substâncias entorpecentes é acrescida por um novo elemento, não é possível a incriminação retroativa do uso da novel substância. Com efeito, somente se poderá incriminar o uso da novel substância entorpecente a partir da vigência da nova portaria. De outra parte, se a mesma portaria do Ministério da Saúde retira de seu rol uma determinada substância, haverá a *abolitio criminis* com relação a todas as persecuções penais envolvendo o uso da substância que foi retirada da norma. Como se vê, todos os postulados referentes à lei penal no tempo se aplicam à norma penal em branco.

7. TEMPO DO CRIME

Ponto central na aplicação temporal da lei penal é a determinação do tempo do crime. Um exemplo comprovará a importância do tema: Caio, com o fim de matar, desfere um disparo de arma de fogo em Paulo. Este último é socorrido logo após a ação de Caio, mas morre cinco dias depois, por conta dos ferimentos sofridos. Todavia, entre a ação de Caio e a morte de Paulo entra em vigor uma lei majorando a pena do homicídio. Somente podemos saber se a lei nova é aplicável ao caso após a determinação do tempo do crime.

Ao longo do desenvolvimento teórico da dogmática penal, três teorias foram formuladas para a determinação do tempo do crime.

A primeira é a Teoria da Atividade ou da Ação. Segundo ela o crime é considerado praticado ao tempo da ação ou da omissão, ainda que seja outro o momento do resultado. Essa teoria é chamada da atividade porque considera momento do crime

28 Neste mesmo sentido, veja-se a lição de Cerezo Mir: “Se discute si el principio de irretroactividad de las leyes penales debe aplicarse a las leyes o disposiciones que complementan las llamadas leyes penales em blanco. Em realidad dichas leyes o disposiciones, aunque pertenezcan a otro sector del ordenamiento (Derecho Civil, Derecho Administrativo) queden incorporadas a las leyes penales, al completarlas con la descripción de las conductas prohibidas u ordenadas. Debe regir, pues, para ellas el principio de la irretroactividad, así como el de la irretroactividad de las leyes penales de caracter favorable”. Cerezo Mir, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Madrid: Tecnos. 1993. P.180.

tanto o momento da ação positiva (comissão), quanto o momento da ação negativa (omissão). Segundo Jescheck,

o tempo de comissão do fato punível se determina pelo momento da ação, isto é, pelo momento em que a vontade é manifestada e não no momento da realização do resultado. Nos delitos de omissão, o tempo de realização se determina no momento em que o autor deveria ter atuado.²⁹

A segunda doutrina construída foi a Teoria do Resultado. Segundo ela o resultado é o momento em que o dano ao bem jurídico se perfaz. Assim, o resultado encerra o processo temporal do crime, devendo ser ele o tempo do crime. No dizer de Antolisei, a teoria do resultado “considera cometido o delito no momento em que se verificou o efeito exterior da conduta humana”.³⁰

A terceira posição é a teoria eclética, que considera tempo do crime tanto o tempo da ação ou da omissão quanto o tempo do resultado.

O Código Penal brasileiro, no seu artigo quarto, adotou expressamente a Teoria da Atividade, ao estabelecer que:

Art. 4º. Considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que seja outro o momento do resultado.

Entretanto, algumas questões sobre o tempo do crime precisam ser tratadas. A primeira diz respeito aos crimes permanentes. Crime permanente é que se protraí no tempo, não se realizado num instante determinado. Veja-se o delito de Extorsão mediante seqüestro (art. 159 do Código Penal) cujo núcleo é o verbo seqüestrar. Ora, o verbo seqüestrar indica uma privação de liberdade que se estende no tempo. Como se dá o tempo do crime se a ação se prolonga no tempo? No caso do crime permanente, será considerado tempo do crime todo o percurso temporal, até haver cessado a permanência.

A segunda questão a ser enfrentada no que diz respeito ao tempo do crime é a questão do crime continuado. O crime continuado é aquele que, em face das circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução, ou outra que possa indicar a referida continuidade, a ação antecedente deva ser vinculada à posterior, num nexo ideal de

29 Tradução livre de: “Die Begehungszeit der Straftat bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der Handlung, d.h. nach dem der Willensbetätigung, nicht nach dem Zeitpunkt des Erfolgeintritts im Falle des Unterlassens nach dem Zeitpunkt, zu dem der Täter hätte handeln müssen”. Jescheck, Hans-Heinrich. *Lerhbuch des Strafrechts*. Berlin: Duncker u. Humblot. 1988. Pp.123-124.

30 Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Milano: Guiffirè. 1997. P. 115

continuação, de modo a se reconhecer não mais duas ações, mas uma única e, portanto, não mais crimes diversos, mas um único crime (art. 71 do Código Penal).

Um exemplo elucidará o conceito: O tesoureiro de um banco determinado, todos os dias, durante uma semana, subtrai valores do cofre do estabelecimento, de que tinha a detenção. Neste caso não existiram sete crimes de apropriação indébita, mas um crime único, em face da regra do crime continuado. Por força da norma jurídica do crime continuado, ele é visto como um crime único, por isso surge uma questão: quando é que se verifica o tempo de sua realização? Do mesmo modo que o crime permanente, o tempo de sua realização se dá até a prática do último ato ligado pelo liame da continuidade delitiva. Assim, o tempo de realização no crime continuado é, por conseguinte, todo o espaço de tempo que se dê até o término da ação ³¹.

Nestas hipóteses se uma lei passa a vigorar após iniciada a permanência ou a continuidade, mas antes de cessados todos os atos integrantes daquelas ações, ela é aplicável, ainda que mais gravosa, porque sob o seu império se deu parte da atividade executiva³². Neste caso não há que se falar em retroatividade de lei posterior, porque a lei é posterior ao primeiro ato da ação criminosa, mas é anterior ao último ato da referida ação.

REFERÊNCIAS

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Milano:Guiffè. 1997.

BARRETO, Tobias. “Comentário Teórico e Crítico ao Código Penal Brasileiro”. *Estudos de Direito II*. Rio de Janeiro:Record. 1991.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. Madrid:Tecnos. 1993.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. V. I T.I. Rio de Janeiro:Forense. 1958.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lerhbuch des Strafrechts*. Berlin:Duncker u. Humblot. 1988.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito*. Caracas:Andrés Bello. 1945.

MANZINI, Vincenzo. *Trattato de Diritto Penale Italiano*. V. I. Torino:Unione Tipografico. 1950.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. V. I. São Paulo:Saraiva. 1964.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. T.I Barcelona:Ariel. 1962.

NUVOLONE, Pietro. *Il Sistema del Diritto Penale*. Padova:CEDAM. 1975.

31 Jescheck, Hans-Heinrich. *Lerhbuch des Strafrechts*. Berlin:Duncker u. Humblot. 1988. P.124.

32 Antolisei, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*. Milano:Guiffè. 1997. P. 116.

PALAZZO, Francesco. *Introduzione ai Principi di Diritto Penale*. Torino:Giappichelli. 1999.

PETROCELLI, Biagio. *Principi di Diritto Penale*. V. I. Nápoles:Eugenio Jovene. 1950.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte General*. T.I. Barcelona:Bosch. 1983.

TAIPA DE CARVALHO, Américo. *Sucessão de Leis Penais*. Coimbra:Coimbra editora. 1997.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago:Editoria Jurídica del Chile. 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Derecho Penal. Parte general*. Buenos Aires:Ediar. 2000.